Die Einwilligung des Verletzten.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen

Doktorwürde der Juristenfakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

FRITZ SEYDEL

Referendar in Altona.

ACAD. LUGDUNI BIBL.

Johs. Kröger's Buchdruckerei in Blankenese

1907.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553618_0005

Meinen Eltern.

Literatur.

v. Bar: Zur Lehre von der Kulpa und dem Kausalzusammenhange im Straf- und Zivilrecht. (Grünhut's Zeitschrift Bd. IV p. 21 ff.)

Binding: Handbuch des Strafrechtes. Bd. I. Leipzig 1885.

Breit: Zur Lehre vom Rechtsgeschäft. (Sächsisches Archiv für deutsches bürgerliches Recht Bd. XIII p. 283—327, Bd. XV p. 165—192, p. 637—696.)

Breithaupt: Volenti non fit injuria. Berlin 1891.

v. Buri: Über Kausalität und deren Verantwortung. Leipzig 1873.

Demelius: Über Kompensation der Kulpa (Iherings Jahrbücher Bd. V p. 52 ff.)

Dittenberger: Der Schutz des Kindes gegen die Folgen eigener Handlungen. Berlin 1903.

Dernburg: Privatrechtlicher Schutz der Ehre. (Juristische Wochenschrift 1905 p. 356—358.)

Ehrlich: Die stillschweigende Willenserklärung. Berlin 1893.

Eick: Die Rechtswirkungen des konkurrierenden Verschuldens. Diss. Rostock 1904.

Eltzbacher: Die Handlungsfähigkeit nach dem BGB. 1903.

Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Marburg 1889.

Fritze: Die stillschweigende Willenserklärung im BGB. (Archiv für bürgerliches Recht Bd. XIV p. 180—213.)

Gierke: Über Eltzbacher: „Die Handlungsfähigkeit". (Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 55 p. 307—318.)

Gottschalk: Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach dem BGB. Berlin 1903.

Hartmann: Die Einwilligung des Verletzten. (Grünhut's Zeitschrift Bd. 27 p. 697 ff.)

Hellbach: Begehung einer unerlaubten Handlung durch Unterlassung. (Das Recht 1904 p. 100.)

Hellmann: Zur Lehre von der Willenserklärung. (Iherings Jahrbücher Bd. 42 p. 412 ff.)

Hess: Abhandlungen aus dem Gebiete des Zivil- und Strafrechtes. 1892.

Hölder: Zur Theorie der Willenserklärung. Leipzig 1905.

Isay: Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem BGB. (Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, herausgegeben von Fischer. Bd. II p. 40 ff. Jena 1899.)

Isay: Zur Lehre von den Willenserklärungen nach dem BGB. (Iherings Jahrbücher Bd. 44 p. 23 ff.)

Jacobi: Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte. Ein Beitrag zur Begriffslehre des deutschen bürgerlichen Rechtes. (Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 86 p. 51—154.)

Jakubetzky: Bemerkungen zu dem Entwurf eines BGB. München 1892.

Kessler: Die Einwilligung des Verletzten. Berlin und Leipzig 1884.

Kiefe: Das Verhältnis der unerlaubten Handlungen des BGB. zum Strafgesetzbuch. Diss. Tübingen 1900.

Kindel: Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund. Berlin 1892.

Kohler: Noch einmal über Mentalreservation und Simulation. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft. (Iherings Jahrbücher Bd. XVI p. 319 ff.)

Kohler: Das Rechtsgeschäft. Kritik und Aufbau. (Grünhut's Zeitschrift Bd. XIII p. 287 ff.)

Lenel: Die Lehre von der Voraussetzung im Hinblick auf den Entwurf eines BGB. (Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 74 p. 213—239.)

Linckelmann: Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem BGB. Berlin 1898.

Linckelmann: Zwei Fragen aus dem Gebiete des Schadensersatzrechtes. (Archiv für bürgerliches Recht Bd. 24 p. 238)

v. Liszt: Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. 1889.

v. Liszt: Die Deliktsobligationen im System des BGB. Berlin 1898.

Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte. (Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechtes 5. Heft. 1901.)

Manigk: Über Rechtswirkungen und juristische Tatsachen. Ein Beitrag zur Lehre von der Willenserklärung. (Iherings Jahrbücher Bd. 49 p. 459—486.)

Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 3. Aufl. 1900.

Mauzka: Der Rechtsgrund des Schadensersatzes außerhalb bestehender Schuldverhältnisse. Wien 1904.

Meves: Kriminalistische Erörterungen aus dem Gebiete des BGB. (Goldtammers Archiv für Strafrecht Bd. 46 p. 81 ff und p. 161 ff)

Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht.

Monich: Willenserklärung und Rechtsgeschäft. Berlin 1900.

Neumann: Über Rechtshandlung und Rechtsgeschäft (Festgabe für Wilke p. 209 ff. 1900.)

Neumann: Jahrbuch des deutschen Rechtes Bd. I ff.

Pernice: Rechtsgeschäft und Rechtsordnung. (Grünhut's Zeitschrift Bd. VII p. 465 ff.)

Roedenbeck: Volenti non fit injuria. (Gerichtssaal Bd. 27.)

Rümelin: Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht. Tübingen 1900.
Stöver: Ist die Einigung im Sachenrecht des BGB. ein Rechtsgeschäft? (Archiv für bürgerliches Recht Bd. 26 p. 149—194.)
Traeger: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Marburg 1904.
v. Wächter: Volenti non fit injuria. (Gerichtssaal Bd. 20 p. 1 ff.)
Wendt: Eigenes Verschulden. (Iherings Jahrbücher Bd. 31 p. 137 ff.)
Weyl: System der Verschuldensbegriffe im BGB. München 1905.
Zitelmann: Die juristische Willenserklärung. (Iherings Jahrbücher Bd. 16 p. 357—436.)
Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879.

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Die Stellung der Wissenschaft und des BGB. zur Aufgabe . . . 1

§ 2. Die Einwilligung.

I. Der rechtliche Charakter der Einwilligung 5

II. Das Wesen des Rechtsgeschäftes 6

§ 3. Die Verletzung.

I. Der Gegenstand der Verletzung in den §§ 823 ff. BGB., mit besonderer Berücksichtigung des § 823 11

II. Die Person des Verletzten. Erweiterung durch §§ 844, 845 . 16

§ 4. Die Einwilligung des Verletzten.

I. Die Einwilligung stellt sich als Rechtsgeschäft dar und zwar

a) als Verfügung 18

b) als obligatorisches Rechtsgeschäft 20

II. Die Einwilligung ist kein Rechtsgeschäft.

a) Sie vermag den Tatbestand der unerlaubten Handlung nicht auszuschließen 24

b) Die Bedeutung des § 254 für die nichtrechtsgeschäftliche Einwilligung 27

§ 5. Die Möglichkeit einer Mehrheit von verletzten Personen 30

§ 6. Die Fähigkeit zur Erklärung der Einwilligung 32

§ 1. Die Stellung der Wissenschaft und des BGB. zur Aufgabe.

Die Frage nach der Wirkung der Einwilligung in eine Verletzung gehört seit langer Zeit zu den umstrittensten Fragen des Strafrechtes. Ein Strafrechtslehrer, v. Liszt, war es auch, der in seinen „Deliktsobligationen" darauf hinwies, daß

> „diese Frage, in der kriminalistischen Literatur längst erörtert und für das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches von größter Bedeutung, bisher von der privatrechtlichen Wissenschaft übergangen zu werden pflegte".[1])

Der erste Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches hatte geglaubt, durch eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung eine Lösung geben zu können und bestimmte im § 706:

> „Hat der Beschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt, so steht ihm ein Anspruch auf Schadensersatz nicht zu."

Die „selbständigen Entschädigungsansprüche Dritter" sollten durch § 706 nicht berührt werden.

Die Frage ist indessen nicht so einfach zu beantworten, wie die Verfasser des ersten Entwurfes es getan hatten, und die Begründung ist durchaus zutreffend, mit der die zweite Kommission den Paragraphen gestrichen hat:

> „Der in ihm aufgestellte Grundsatz sei in dieser Allgemeinheit nicht richtig; denn in verschiedenen Fällen bezwecke der Gesetzgeber den Beschädigten gerade gegen dessen Einwilligung zu schützen, die Einwilligung stehe daher dem Schadensersatzanspruch nicht entgegen."[2])

Die endgültige Fassung des BGB. enthält denn auch eine prinzipielle Regelung über die Bedeutung der Einwilligung nicht.

---

[1]) A. a. O. p. 96.

[2]) Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des BGB. Bd. 2 p. 578.

Wenn das BGB. die Einwilligung des Verletzten zum Tatbestandsmerkmal eines speziellen juristischen Tatbestandes gemacht hat, so sind diese Fälle selbstverständlich für unsere Untersuchung auszuscheiden. Hierher gehört z. B. § 825 BGB., der für den Ersatzanspruch der geschädigten Frauensperson „die Gestattung der außerehelichen Beiwohnung" verlangt. Gleiches gilt für § 847 Abs. 2 BGB., der den erweiterten Anspruch „auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist" einer Frauensperson nicht nur beim Vorliegen des Tatbestandes des § 825, sondern auch dann gibt, wenn ein Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit gegen sie begangen ist. Setzt der Tatbestand des § 825 „die Gestattung" der Verletzten voraus, so verlangt das Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit umgekehrt gerade ein Handeln g e g e n den Willen der Verletzten.

Auch für den Anspruch der Verlobten aus § 1300 bildet das Vorhandensein der Einwilligung ein notwendiges Tatbestandsmerkmal eines speziellen Tatbestandes.

Eine besondere Bedeutung gewinnt die Einwilligung im § 1565 Abs. 2 mit Rücksicht auf Abs. 1: Der Ehegatte, der dem Ehebruch oder der nach den §§ 171, 175 StGB. strafbaren Handlung zugestimmt hat, ist nicht berechtigt, auf Scheidung zu klagen.

In allen diesen Fällen kann von einer Untersuchung der Wirkung der Einwilligung keine Rede sein, da die rechtlichen Folgen der Einwilligung in den speziellen Tatbeständen gerade an ihr Vorhandensein oder Fehlen geknüpft sind.

Die letzterwähnten Bestimmungen gehören indessen in den Rahmen vorliegender Untersuchung schon deshalb nicht, weil diese sich auf die Fälle beschränken wird, in denen an sich der Tatbestand einer unerlaubten Handlung vorliegt, und diesen gegenüber die Wirkung der Einwilligung prüfen wird.

Eines läßt sich aber schon jetzt sagen: Kann im Strafrecht bei Delikten, die sich nicht lediglich gegen den Staatswillen, sondern zugleich wider Rechte des Einzelnen richten, das positive Recht nur Auskunft geben, wann die Einwilligung des Einzelnen die Kraft hat, dem Angriff die Rechtswidrigkeit zu nehmen, so gilt für das den Schutz des Einzelnen bezweckende Zivilrecht das

Umgekehrte: Das positive Recht muß darüber Auskunft geben, wann die Einwilligung des Einzelnen diese Kraft nicht hat.[1])

Die Aufhebung der Widerrechtlichkeit ist denn auch der Punkt, wo die Literatur sich mit der Frage der Wirksamkeit der Einwilligung beschäftigt.

An sich ist jeder Eingriff in eine fremde Rechtssphäre widerrechtlich. Unter den Ausnahmen führt Enneccerus[2]) an:

> „wenn der Verletzte eingewilligt hat, es sei denn, daß es sich um ein unverzichtbares Gut handelt".

Meves führt in seinen „Kriminalistischen Studien" bei einer Besprechung des § 706 des Entwurfes zum BGB. p. 85 aus:

> „Allerdings handelt es sich nur um die objektive Widerrechtlichkeit, die nur da wegfallen kann, wo durch die Einwilligung des Beschädigten dem Handelnden eine Befugnis zur Handlung statuiert wird. Indessen wird diese Voraussetzung überall da eintreten, wo das geschädigte Rechtsgut der freien und unbedingten Disposition des Inhabers derselben unterliegt."

Zu diesem Ergebnis kommt auch die Mehrzahl der Schriftsteller, die sich mit der Wirkung der Einwilligung beschäftigen, wenn sie die Aufhebung der Widerrechtlichkeit davon abhängig machen, daß der Verletzte über das Recht, in dessen Verletzung er eingewilligt hat, rechtswirksam durch Vertrag verfügen kann.[3])

Daß die genaue Begrenzung dieser rechtswirksamen Verfügungsmöglichkeit nur durch Nachprüfung der einzelnen Fälle mit besonderer Berücksichtigung des § 138 BGB. erfolgen kann, darauf weist außer den unten Angeführten noch besonders Endemann[4]) hin, wenngleich die Prüfung dieser einzelnen Fälle nur Sache einer speziellen Untersuchung sein kann.

---

[1]) Binding: p. 708, 709.

[2]) Enneccerus: Das bürgerliche Recht. Marburg 1900. Bd. I § 359 p. 765.

[3]) Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Berlin. Bd. I p. 713. Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechtes. Tübingen und Leipzig 1900. Bd. I p. 474. Dernburg: Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des deutschen Reiches und Preußens. Halle 1905 p. 155. v. Liszt: Deliktsobligationen p. 96.

[4]) Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 9. Auflage. Berlin 1903. Bd. I p. 427 Anm. 14.

Ganz unzweifelhaft kann die Widerrechtlichkeit der Verletzung nur durch diese rechtsgeschäftliche Einwilligung aufgehoben werden. Ist damit aber überhaupt die Wirksamkeit der Einwilligung begrenzt?

Auf diese Frage sind, soweit ich es übersehen kann, außer Linckelmann nur Planck und Endemann eingegangen.[1])

Zweierlei ist dabei zu beachten:

1. Schadensersatzpflicht und Widerrechtlichkeit stehen im BGB. nicht in notwendiger Abhängigkeit, dergestalt, daß die Widerrechtlichkeit einer Handlung Voraussetzung für die Schadensersatzpflicht wäre, und umgekehrt. Wie z. B. die §§ 228 Satz 2 und 904 die Schadensersatzpflicht an eine nicht widerrechtliche Handlung knüpfen, so kann andererseits die Schadensersatzpflicht ausgeschlossen und die Handlung doch widerrechtlich sein. Es sei hierbei nur auf § 254 BGB. verwiesen.

2. Für den Eintritt einer Rechtswirkung sind nicht allein die Rechtsgeschäfte erheblich.

> „Den Rechtsgeschäften als Handlungen mit Rechtsfolgen, die, weil sie gewollt sind, eintreten, stehen Handlungen gegenüber, an welche Rechtswirkungen sich anschließen, für deren Eintritt nach der Rechtsordnung gleichgültig ist, ob sie von dem Handelnden gewollt oder nicht gewollt sind."[2])

Man faßt sie unter dem Namen „Rechtshandlungen" zusammen.

Darum ist mit dem oben aufgestellten Grundsatz über die Aufhebung der Widerrechtlichkeit einer Verletzung wohl die Wirksamkeit der rechtsgeschäftlichen Einwilligung bestimmt, nicht aber eine Antwort darauf gegeben, ob eine den Anforderungen eines Rechtsgeschäftes nicht entsprechende und demgemäß die Widerrechtlichkeit nicht ausschließende Einwilligung rechtlich völlig bedeutungslos ist. Daß sie es nicht sein muß, ergibt sich, wie oben ausgeführt, daraus, daß das

---

[1]) Linckelmann: Schadensersatzpflicht p. 77—82. Planck: Kommentar des BGB. 1. Auflage § 823 Anm. 6 p. 609, 610. Endemann: § 846 Anm. 14 p. 427.

[2]) Motive: Bd. I p. 127.

Gesetz eine Aufhebung der Schadensersatzpflicht trotz Fortbestehens der Widerrechtlichkeit einer Handlung kennt.

Es gilt daher zunächst Klarheit über die rechtliche Konstruktion der Einwilligung zu schaffen.

§ 2. Die Einwilligung.

I. Der rechtliche Charakter der Einwilligung.

Die Frage der rechtlichen Charakterisierung der Einwilligung ist bereits in der Entstehungsgeschichte des BGB. aufgetaucht. Die Motive bezeichneten die Einwilligung als

> „einseitiges Rechtsgeschäft, welches volle und unbeschränkte Geschäftsfähigkeit des Einwilligenden erfordere".[1])

Diese Auffassung wurde von der zweiten Kommission als irrig bezeichnet:

> „Es treffe nicht zu, wenn der Entwurf davon ausgehe, daß die Einwilligung immer den Charakter eines Rechtsgeschäftes habe; sie könne ganz verschieden zu charakterisieren sein. Daß Schwierigkeiten in dieser Richtung entstehen könnten, sei nicht zu leugnen, durch einen so allgemeinen Satz aber, wie ihn der § 706 aufstelle, nicht zu ändern."[2])

Die Frage spielt übrigens auch im Strafrecht eine wichtige Rolle, worauf Kessler in seiner von Binding[3]) stark angegriffenen Schrift: „Die Einwilligung des Verletzten" mit Recht hinweist.

Was „Einwilligung" im einzelnen Falle genannt wird, kann im Sinne der Parteien etwas durchaus Verschiedenes sein; es wird sich dabei um eine Auslegungsfrage handeln. Zu diesem Ergebnis kommt für das Strafrecht auch schon Binding p. 710:

> „Der Grund der Wirksamkeit sowie die an die Einwilligung zu stellenden Erfordernisse stellen sich ganz verschieden dar, und die rechtlich bedeutsame Einwilligung hat bald die Rechtmäßigkeit der Angriffshandlung, bald

[1]) Motive: II p. 730.

[2]) Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des BGB. Bd. II p. 578, 579.

[3]) Binding: Handbuch p. 711, 712. Anm. 12, 13.

> ihre juristische Gleichgültigkeit, bald den Untergang des Antragsrechtes bezw. des Rechtes auf Privatklage aus der deliktisch bleibenden Handlung, bald die Milderung oder Minderung ihrer Strafbarkeit zur Folge. Unter Einwilligung sind eben ganz heterogene Dinge verstanden worden."

Das gilt in entsprechender Weise für das bürgerliche Recht. Soweit die Einwilligung als bewußt gewollte Handlung rechtlich erheblich, also sog. „juristische Tatsache" ist, ergeben sich zwei Möglichkeiten: Sie ist entweder ein Rechtsgeschäft, oder sie ist kein Rechtsgeschäft, sondern nur „Rechtshandlung".

Zur Abgrenzung dieser Unterscheidung ist in Kürze auf das Wesen des Rechtsgeschäfts einzugehen.

II. Das Wesen des Rechtsgeschäftes.

Das BGB. definiert den Begriff des Rechtsgeschäftes nicht, überläßt vielmehr seine Bestimmung der Wissenschaft. Die Frage, ob das BGB. in seinem Sprachgebrauche „Rechtsgeschäft" und „Willenserklärung" identifiziert, interessiert hier nicht; denn daß nicht jede Willenserklärung ein Rechtsgeschäft ist, ist unzweifelhaft. Die Willenserklärung ist eine einzelne Handlung, das Rechtsgeschäft ein Tatbestand mit wenigstens einer Willenserklärung als wesentlichem Bestandteil. Andererseits ist aber auch nicht jeder eine Willenserklärung enthaltende Tatbestand ein Rechtsgeschäft, vielmehr nur derjenige, in dem die Willenserklärung das Ausschlaggebende ist.[1]) Gerade in dieser Stellung der Willenserklärung zum Rechtsgeschäftsbegriff liegt der Hauptstreitpunkt der Rechtsgeschäftslehre.

Die herrschende Ansicht der Literatur versteht unter Rechtsgeschäft

> „eine Willenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist".[2])

I. Als erster Bestandteil des Rechtsgeschäftsbegriffes begegnet uns also die Privat-Willenserklärung. Ob ein bestimmtes Verhalten als Willenserklärung aufzufassen ist, kann nur nach der

[1]) Vgl. Eltzbacher: p. 123.

[2]) Matthiass: Lehrbuch Bd. I p. 150. Motive: Bd. I p. 126.

Erfahrung des Verkehrs unter Würdigung aller Umstände entschieden werden. Es wäre nicht einzusehen, warum dieser Maßstab, der für die Auslegung des Inhalts einer Willenserklärung anzuwenden ist, nicht auch für die Frage, ob überhaupt eine Willenserklärung vorliegt, Anwendung finden sollte. Nicht nur subjektiv muß die Erklärung eines Willens gewollt sein, auch objektiv muß eine Verlautbarung des Willens vorliegen; denn die Willenserklärung ist nicht ein bloß inneres Verhalten, sie ist stets eine Handlung.[1])

Dann ist aber die Begriffsbestimmung, zu der Hellmann[2]) aus sprachlichen Rücksichten (erklären = klarmachen) kommt: nur die an einen Anderen gerichtete Erklärung des Willens sei „Willenserklärung", zu eng und für das BGB. jedenfalls nicht zu halten.[3])

Es ist aber auch gegen Manigk[4]) Stellung zu nehmen, der die Erklärung des Willens zur Wirksamkeit des inneren Geschäftswillens nicht notwendig fordert und demgemäß zu einer Einteilung der Rechtsgeschäfte in Willens- und in Erklärungsgeschäfte kommt.

> „Die Rechtsordnung kann nur an die Verlautbarung des Willens Rechtsfolgen knüpfen, weil sie lediglich die durch denselben bereits hervorgebrachten (tatsächlichen, wirtschaftlichen) Veränderungen in der Rechtswelt unter ihre Gewähr nimmt."[5])

Diese Verlautbarung des Willens kann auch in einem Unterlassen bestehen: es tritt dann zu der inneren Tatsache des Wollens als von ihr abhängige äußere Tatsache, also Verlautbarung des Willens, die Nichtveränderung der Außenwelt hinzu.[6]) Wenn wir uns nicht mit dem Willen allein begnügen, sondern auch eine Erklärung dieses Willens als wesentlichen Bestandteil

---

[1]) Eltzbacher: p. 131.

[2]) Hellmann: Iherings Jahrbücher Bd. 42 p. 418.

[3]) Vgl. Hölder p. 115, 116 und Isay in Iherings Jahrbüchern Bd. 44 p. 23 ff.

[4]) Manigk: Iherings Jahrbücher Bd. 49 p. 480.

[5]) Pernice: Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht Bd. VII p. 491, 492.

[6]) Vgl. Eltzbacher: p. 131.

des Rechtsgeschäftes fordern, erreichen wir dadurch eine zwar engere, dafür aber auch schärfere Abgrenzung des Rechtsgeschäftsbegriffes von den übrigen rechtserheblichen Tatbeständen, und gerade diese ist bei der überragenden Bedeutung der Rechtsgeschäfte von Wichtigkeit.[1])

II. Es muß bei der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung nicht nur die Erklärungs*handlung*, es muß auch der Erklärungs*inhalt* gewollt sein, oder, wie Eltzbacher p. 136 es ausdrückt:

> „Zur Äußerung [d. i. Erklärungshandlung] gehört der Wille, durch den äußeren Teil eine [richtiger: die entsprechende] seelische Tatsache zum Ausdruck zu bringen."

Zu dem Handlungswillen muß der Rechtserfolgswille hinzutreten.

Der Wille enthält einen doppelten Inhalt: er ist einmal „unmittelbares" Wollen der eigenen Erklärungshandlung, er ist aber weiter auch „mittelbares" Wollen der Folgen der Erklärungshandlung.[2]) Bei einer an einen Anderen gerichteten Willenserklärung ergibt sich demnach als gewollte Folge das Entstehen einer Vorstellung bei diesem Anderen, die in berechenbarem Zusammenhange mit der Erklärung steht, und daraus weiterhin ein Handeln dieses Anderen.

Das Vorhandensein eines Erfolgswillens im Tatbestande des Rechtsgeschäfts ist noch von keiner Theorie bestritten worden, wohl aber herrscht darüber Streit, auf *welche* Folgen der Erfolgswille gerichtet sein muß.

Einen streng einseitigen Standpunkt nehmen Lenel und Ehrlich[3]) ein. Letzterer geht davon aus, daß durch das Recht nur die staatliche Anerkennung und Gelegenheit zur Geltendmachung einer an sich bereits bestehenden *natürlichen* Verbindlichkeit begründet werde, und kommt dazu, als gewollt einzig und allein den *wirtschaftlichen* Erfolg zu bezeichnen.

> „Der Wille, wie er im *Recht* wirksam wird, fällt mit jenem wirtschaftlichen Willen nicht immer zusammen.

---

[1]) So mit den Motiven auch Dittenberger: p. 50, 51.

[2]) Vgl. Zitelmann: Iherings Jahrbücher Bd. 16 p. 369.

[3]) Lenel: Iherings Jahrbücher Bd. 19 p. 154. Ehrlich: p. 4.

ist vielmehr eine juristische Fiktion, die dem Bestreben entspringt, alle Rechtsfolgen des Vertrages ausschließlich auf den Parteiwillen zurückzuführen."

Damit ist jeder notwendige begriffliche Zusammenhang zwischen der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung und dem Rechtserfolg aufgehoben. Das Wesen des Privatrechtes wird aber gerade darin bestehen müssen, die eintretende Rechtsfolge von dem auf dieses Eintreten gerichteten Willen der Privatperson abhängig zu machen. Es kann allerdings die Rechtsordnung durch Aufstellung bestimmter Erfordernisse der rechtsgeschäftlichen Tatbestände — deren notwendiger Bestandteil zum mindesten eine Willenserklärung ist — dem Belieben des Einzelnen gewisse Schranken ziehen, immer aber setzt der Eintritt der Rechtsfolgen das Vorhandensein der auf diese Rechtsfolgen gerichteten Willenserklärung voraus. Unter den rechtlich erheblichen Willenserklärungen bildet die rechtsgeschäftliche nur eine Unterart, und gerade dadurch hebt sie sich von den anderen ab, daß sie eine Regelung der Lebensverhältnisse innerhalb und in Gemäßheit des ihr durch die Rechtsordnung gezogenen Rahmens bezweckt.

Der Erfolgswille muß dahin gehen, eine Änderung in der Rechtswelt zu begründen. Es genügt nicht für den Begriff der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, daß nur eine tatsächliche Wirkung „bezweckt" wird; der Erklärende muß auch eine entsprechende rechtliche Wirkung wollen. Damit wird nicht etwa gefordert, daß sich der Erklärende der juristischen Konstruktion der gewollten Rechtsfolgen bewußt gewesen sein muß. Das Rechtsgeschäft fordert „den Willen der rechtlichen Folge in praktischer Anschauung",[1]) d. h. es muß das Rechtsverhältnis erkennen lassen, welches zur Erreichung des wirtschaftlichen Zweckes gewollt ist, der Erfolg muß

„als ein rechtlich gewährleisteter und geschützter erstrebt sein".[2]) [3])

---

[1]) Enneccerus: Rechtsgeschäft u. s. w. p. 18.

[2]) Manigk: Anwendungsgebiet u. s. w. p. 81.

[3]) Wie im Text besonders: Dernburg: Schuldverhältnisse Bd. I p. 330 331. Endemann: Einführung Bd. I p. 269. Enneccerus: Rechtsgeschäft u. s. w. p. 18. Matthiass: Lehrbuch Bd. I § 46.

III. Es gehört weiter zum Rechtsgeschäftsbegriff die kausale Kraft des die Willenserklärung enthaltenden Tatbestandes, die gewollte Rechtswirkung hervorzubringen. Es genügt nicht ein zufälliges Zusammentreffen Beider, es muß vielmehr zwischen Beiden das Verhältnis von Grund und Folge bestehen, die Rechtswirkung darf nur darum vom Gesetz herbeigeführt sein, weil sie gewollt ist.[1])

Regelmäßig wird die Einwilligung den im Vorstehenden aufgestellten Erfordernissen entsprechen und sich also als Rechtsgeschäft darstellen. Daß sie es nicht notwendig sein m u ß, wird im folgenden zu zeigen sein.

Da die Einwilligung stets eine Erklärung ist, kann sie nur darin als Rechtsgeschäft fehlgehen,

1. daß sie nicht Erklärung eines auf eine Rechtsfolge gerichteten Willens ist, oder

2. daß sie wohl eine auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtete Willenserklärung ist, daß ihr aber von der Rechtsordnung die Kraft genommen ist, den gewollten rechtlichen Erfolg herbeizuführen. Das BGB. spricht in diesem Falle von „unwirksamen" oder „nichtigen" Rechtsgeschäften. Auch in diesem Falle liegt kein Rechtsgeschäft vor, auch hier bleibt zu untersuchen, ob nicht trotzdem rechtliche Wirkungen eintreten. Der Fall unterscheidet sich dadurch von dem unter 1 normierten, daß hier bei t a t s ä c h l i c h vorhandener auf eine Rechtsfolge gerichteter Willenserklärung kraft G e s e t z e s b e s t i m m u n g die gewollte Rechtswirkung nicht eintritt. Für uns handelt es sich aber darum, zu zeigen, daß auch in t a t s ä c h l i c h e r Beziehung die Einwilligung nicht stets eine auf eine Rechtsfolge gerichtete Willenserklärung zu sein braucht.

Nicht jeder eine Willenserklärung enthaltende Tatbestand, der eine Rechtswirkung nach sich zieht, ist ein Rechtsgeschäft, vielmehr nur derjenige, welcher gerade die beabsichtigte Rechtswirkung nach sich zieht. Der Wille beim Rechtsgeschäft richtet sich auf eine Regelung der Lebensverhältnisse, zugleich aber auch auf eine Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechts-

[1]) Vgl. Enneccerus: Rechtsgeschäft u. s. w. p. 153.

verhältnissen. Es liegt also kein Rechtsgeschäft vor, wenn der Verletzte mit seiner Erklärung, daß er in die Verletzung eines seiner Rechtssphäre angehörigen Rechtsgutes einwillige, irgend welche rechtlichen Veränderungen mit Beziehung auf das verletzte Rechtsgut nicht hat vornehmen wollen. Die Auslegung wird die Einwilligung dann erfahren müssen, wenn der Einwilligende eine Äußerung des Inhalts abgegeben hat, daß der Andere etwas tun oder lassen solle, wenn es ihm beliebe. In diesem Falle ist ein auf den Eintritt einer Rechtsfolge gerichteter Wille nicht geäußert, es ist dem Schädiger lediglich die Vornahme seiner schädigenden Handlung gestattet worden.[1])

Ob überhaupt und inwieweit das Recht auf diese Einwilligung Rücksicht nimmt, wird weiter unten zu untersuchen sein. Dabei sei schon hier darauf hingewiesen, daß das BGB. nur Vorschriften über rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, keine über sonstige Willensäußerungen enthält. Es fehlt daher auch jede Bestimmung, ob die für erstere gegebenen Vorschriften, z. B. die über die Fähigkeit zur Abgabe rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen, auf letztere Anwendung finden, oder was sonst für Grundsätze entscheiden sollen.

Ist damit die Abgrenzung der rechtsgeschäftlichen von der nicht rechtsgeschäftlichen Willenserklärung erfolgt, so wird die spezielle Anwendung auf die Einwilligung erst erfolgen können, wenn wir uns mit dem Gegenstand der Einwilligung, der Verletzung, näher beschäftigt haben.

§ 3. Die Verletzung.

I. Der Gegenstand der Verletzung in den §§ 823 ff. BGB. mit besonderer Berücksichtigung des § 823.

Es kommen für unsere Untersuchung die §§ 823 ff. BGB. über die unerlaubten Handlungen, insbesondere der § 823 in Betracht. § 823 Absatz 1 bestimmt:

---

[1]) Vgl. hierzu Eltzbacher: p. 146 ff.: Dieser teilt die rechtswirksamen Willensäußerungen ein in „unmaßgebliche“ und „maßgebende“, weil durch ihren Inhalt die Art der angeknüpften Rechtsfolge bestimmend, und versteht weiterhin unter „Willenserklärung“ nur die maßgebende, also rechtsgeschäftliche Willensäußerung.

> „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt, ist dem Anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet."

Es sind also zunächst die vier wichtigsten Güter genannt, denen als wichtigstes Recht das Eigentum angeschlossen wird. Soweit kann kein Zweifel obwalten; er beginnt erst bei dem folgenden Passus: „oder ein sonstiges Recht eines Anderen", über dessen Auslegung sich ein lebhafter Streit erhoben hat, der im Wesentlichen darin gipfelt: Beziehen sich die Worte „oder ein sonstiges Recht" nur auf das zuletzt angeführte „Eigentum" oder auf alle vorhergehenden Worte?

Die Vertreter der ersten Ansicht[1]) gehen davon aus, daß die namentliche Aufführung der individuellen Lebensgüter im § 823 Abs. 1 eine erschöpfende sei. Die Worte „oder ein sonstiges Recht eines Anderen" bezögen sich demnach, wozu auch sprachliche Erwägungen führten, lediglich auf das zuletzt angeführte „Eigentum". Nur Privatrechten gewähre demgemäß der Abs. 1 des § 823 Schutz.

Bei einer Zurückbeziehung der Worte „oder ein sonstiges Recht eines Anderen" auf alle vorher namentlich aufgeführten Objekte der unerlaubten Handlung würde dem Sprachgebrauch allerdings ein gewisser Zwang angetan, wenn man das Leben, den Körper usw. als Rechte ansehen wollte. Dazu liegt ein Zwang aber nicht vor. Die angeführten Objekte sind zwar nicht selbst Rechte, wohl aber

> „Angriffspunkte eines einzigen Rechtes, des Persönlichkeitsrechtes, das die gesamte Stellung bedeutet, die uns durch die verschiedenen, unsere persönlichen Güter sichernden Vorschriften erwächst. Die Verletzung von Leben usw. ist also in Wirklichkeit Verletzung des Persönlichkeitsrechtes."[2])

---

[1]) Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes. 3. Auflage. Jena 1900. Bd. I. p. 596. Rümelin: p. 68 Anm. 69. Traeger: p. 197 ff. 378. Planck: Bd. II. p. 607. Das Reichsgericht: Bd. 51. p. 93. 372 ff. Bd. 58. p. 24.

[2]) Eltzbacher: p. 281.

Der zivilrechtliche Schutz dieses Persönlichkeitsrechtes beschränkt sich nicht etwa auf jene vier im Absatz 1 aufgezählten Angriffspunkte, sondern ist ein weit umfassenderer, der z. B. auch die Ehre einschließt.[1]) Auch die Ehre ist an sich kein Recht, sie ist nur eine Eigenschaft der Persönlichkeit, wohl aber ist die Befugnis, daß die Ehre nicht angetastet werde, ein Recht. Wenn die Rechtsprechung[2]) und auch zum großen Teil die Literatur unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des § 823[3]) und auf die speziellen Vorschriften in den §§ 824, 825 einen allgemeinen zivilrechtlichen Schutz der Ehre nicht anerkennen, so fordert andrerseits „das gesunde Rechtsgefühl" und „das Bedürfnis einer gesitteten Gesellschaft"[4]) auch für das Zivilrecht ein allgemeines Recht auf Integrität der Ehre.

Ob eine Rechtsnorm den Einzelnen gegen gänzliche oder teilweise Entziehung oder nur gegen Gefährdung eines Gutes schützt: Immer ist durch eine im Genuß des Gutes schützende Rechtsnorm dem Einzelnen ein Recht an diesem Gute gegeben.[5]) Es fallen daher ohne Weiteres unter die „sonstigen Rechte", wie Literatur und Rechtsprechung einstimmig annehmen, alle durch das Privatrecht gegebenen Rechte, z. B. das Recht auf den Besitz (§ 858 BGB).[6])

Auch an dem bereits eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist ein subjektives Recht anzuerkennen.[7]) Störungen und Beeinträchtigungen, welche sich unmittelbar gegen den Handelsbetrieb richten, dürfen deshalb als eine unter § 823 Abs. 1 fallende Rechtsverletzung angesehen werden.[8])

---

[1]) Ebenso: Dernburg: p. 161. Endemann: Einführung u. s. w. p. 909 Eltzbacher: p. 281 f. 304.

[2]) R. G. 60 p. 1 ff. 5.

[3]) Vgl. hierüber Planck: § 823 Note 1.

[4]) Dernburg: p. 162.

[5]) Eltzbacher: p. 282.

[6]) R. G. 59 p. 326.

[7]) R. G. 56 p. 275 fügt hinzu: „Wenigstens insoweit, als er durch positive Gesetzesvorschrift, namentlich durch das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes besonders geschützt ist.

[8]) R. G. 58 p. 24.

Wir gehen, wie oben dargelegt, weiter: Die den Einzelnen im Genuß eines Gutes schützende und darum ihm ein Recht an diesem Gut gewährende Rechtsnorm kann dem Privatrecht, sie kann aber auch dem öffentlichen Recht angehören.[1])

> „Wer einem den Schutz eines Anderen bezweckenden Gesetz zuwiderhandelt, verletzt damit dessen auf Unterbleiben jener Handlung gehendes subjektives Recht.“[2])

Aus dem Gesagten ergibt sich die abweichende Auslegung des § 823 Abs. 2:

> „Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.“

Die oben p. 12 Anm. 1 angeführte Literatur und das Reichsgericht erblickt im Absatz 2 nach der objektiven Seite die notwendige Ergänzung zum Absatz 1 mit Beziehung auf alle jene Rechtsgüter, die weder unter die vier ausdrücklich Genannten fallen, noch etwa ein subjektives Recht im privatrechtlichen Sinne bilden.

Der Verstoß des Absatz 2 muß sich gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz richten. Der Schutz des Anderen muß der Zweck, nicht etwa eine unbeabsichtigte Folge der Rechtsnorm sein; der Schutz des Anderen braucht aber nicht der alleinige Zweck zu sein. Es ist auch nicht, wie Linckelmann und Dernburg annehmen, erforderlich, daß die Rechtsnorm gerade an den Verletzer zum Schutze des Beschädigten erlassen und dazu bestimmt ist, das Verhältnis zwischen dem Verletzten und dem Verletzer zu regeln, etwa wie § 303 StGB., der die Beschädigung oder Zerstörung einer fremden Sache durch den Täter fordert.

---

[1]) So: Matthiass: p. 631; Eltzbacher: p. 304; Linckelmann, p. 18; Dernburg: p. 161; v. Liszt (Deliktsobligationen): p. 22; Endemann: p. 909; Goldmann und Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1903. II. Auflage p. 890.

[2]) Eltzbacher: p, 282.

Zu den Schutzgesetzen — des öffentlichen Rechtes — gehören nicht bloß diejenigen, welche den Schutz eines weiteren oder engeren Kreises von Privatinteressen sich zu ihrer nächsten Aufgabe gestellt haben, sondern auch solche, die in erster Reihe höheren Interessen der Allgemeinheit zu dienen bestimmt sind, wenn sie nur zugleich den Einzelnen zu schützen bezwecken. Auch eine „die Gesamtheit als Vielheit von Einzelnen" im Gegensatz zu einer „die Gesamtheit als Staat" schützende Norm bezweckt den Schutz des Einzelnen. Wer dieser „den Schutz eines Anderen bezweckenden" Norm zuwiderhandelt, verletzt damit aber auch das dem Verletzten auf Unterlassung jener Zuwiderhandlung zustehende „Recht eines Anderen" im Absatz 1. Rein objektiv betrachtet muß also

> „die Handlung, um nach dem zweiten Absatz des § 823 ersatzpflichtig zu machen, zugleich unter den ersten Absatz dieses Paragraphen fallen".[1] [2]

Der Unterschied beider Absätze liegt auf der subjektiven Seite. Hier wie da ist zwar der Eintritt der Schadensersatzpflicht von einem Verschulden des Täters abhängig gemacht; während aber der Absatz 1 eine Schadensersatzpflicht bei schuldhafter Herbeiführung eines verletzenden Erfolges, wie Körperverletzung, Sachbeschädigung u. s. w. begründet, bezieht sich im Absatz 2 das Verschulden nicht auf einen bestimmten verletzenden Erfolg, sondern auf das gesetzwidrige Tun oder Unterlassen selbst. Um schadensersatzpflichtig nach dem Absatz 2 zu werden genügt es, daß der Handelnde wußte oder wissen mußte, daß er eine ihm auferlegte Rechtspflicht verletzte; es brauchte nicht für ihn voraussehbar gewesen zu sein, daß ein für einen Anderen nachteiliger Erfolg aus seinem Handeln erwachsen würde.[3]

Damit tritt der Absatz 2 (ebenso § 839, für den das Gleiche gilt) in scharfen Gegensatz zum Absatz 1, desgleichen aber auch zum § 826. § 826 bestimmt:

---

[1] v. Liszt: Deliktsobligationen p. 33.
[2] Ebenso die p. 14 Anm. 1 Zitierten.
[3] Rümelin: p. 68, 69.

„Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem Anderen Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet."

Für den Tatbestand des § 826 sind also nicht rechtliche, sondern allein ethische Gesichtspunkte, die guten Sitten, maßgebend. Ob die Handlung an sich rechtlich gleichgültig ist, ob sie nicht vielleicht in Ausübung eines Rechtes erfolgt, also an sich rechtmäßig ist, ist für den § 826 ohne Interesse. Nur insoweit durch Verletzung der „guten Sitten" ein Schaden zugefügt wird, erzeugt das Zuwiderhandeln gegen die Moral rechtliche Wirkung. Gerade auf diesen Schaden bezieht sich das Verschulden des Täters: er muß den Eintritt des Schadens als Erfolg seiner Handlung vorausgesehen haben, nicht allerdings auch den Umfang des Schadens.

II. Die Person des Verletzten. Erweiterung durch die §§ 844, 845 BGB.

Die Art und der Umfang des Ersatzes des vom Täter schuldhaft verursachten Schadens bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 249 ff. BGB.). Maßgebend für die Schadensersatzpflicht ist regelmäßig nur der Schaden, der dem Anderen, dem unmittelbar Verletzten, erwachsen ist. Die §§ 844 und 845 dehnen nun die Schadensersatzpflicht durch Heranziehung von nur mittelbar Betroffenen wesentlich aus.

Es ist, wie sich später zeigen wird, von Bedeutung, festzustellen, ob der Anspruch des aus den §§ 844, 845 Berechtigten ein selbständiger neben dem des unmittelbar Geschädigten ist (man könnte hier von einer ungleichartigen Idealkonkurrenz sprechen), oder ob er in notwendiger Abhängigkeit von ihm steht, derart, daß er nur als Nebenwirkung neben dem Anspruch des unmittelbar Verletzten entstehen kann.

Es ist allerdings zuzugeben, daß der Anspruch aus § 844 nicht einen Unterhaltsanspruch des Angehörigen des Getöteten darstellt, sondern einen Schadensersatzanspruch nach Maßgabe der Unterhaltspflicht des Getöteten für den durch eine unerlaubte Handlung des Ersatzpflichtigen veranlaßten Wegfall des Unterhaltsanspruches — der § 845 nicht einen Anspruch, weil ein kraft Gesetzes zu

Diensten Verpflichteter verletzt worden ist, sondern weil der Dienstberechtigte selbst dadurch geschädigt worden ist, daß durch die unerlaubte Handlung des Ersatzpflichtigen ihm Dienste entgehen. Immer aber muß eine unerlaubte Handlung gegenüber dem unmittelbar Geschädigten vorliegen, um den Anspruch des mittelbar Verletzten entstehen zu lassen. Das findet im Gesetz selbst seine Bestätigung. Bei der Festsetzung der erweiterten Ersatzpflicht in den §§ 844, 845 ist stets von einem „Ersatzpflichtigen" die Rede, dem nunmehr noch die Sorge für den Unterhalt bezw. der Ersatz für entgangene Dienste auferlegt wird. Das Bestehen einer Ersatzpflicht gegenüber dem unmittelbar Geschädigten ist also Voraussetzung für das Entstehen einer Berechtigung des mittelbar Geschädigten.[1]) Insoweit herrscht Abhängigkeit, als der letztere nur neben dem ersteren entstehen kann. Ist er aber erst einmal entstanden, so ist sein Fortbestehen ein durchaus unabhängiges und der Verfügung des unmittelbar Verletzten entzogen.

Für die subjektive Seite des Tatbestandes der §§ 844, 845 in Verbindung mit § 823 wird man mit Rümelin zwischen dem „haftungbegründenden Vorgang" und der „weiteren Schadenswirkung" zu unterscheiden haben.. Unzweifelhaft genügt es für die „weitere Schadenswirkung", wie sie die §§ 844, 845 fixieren, daß der schwerere Erfolg lediglich objektiv herbeigeführt worden ist, damit kraft Gesetzes die Ersatzpflicht eintritt; ein Verschulden des Ersatzpflichtigen in Beziehung auf die Schädigung des mittelbar Verletzten ist nicht erforderlich.

§ 4. Die Einwilligung des Verletzten.

I. Die Einwilligung stellt sich als Rechtsgeschäft dar.

Es ist nunmehr am Platze, auf die Wirkung der Einwilligung des Verletzten im Speziellen einzugehen. Ist die Einwilligung ein Rechtsgeschäft, so kann dieses wiederum einen verschiedenen Charakter zeigen. Es kann

a) eine Verfügung darstellen, sei es mit, sei es ohne Übertragung des fraglichen Rechtes auf einen Anderen,

es kann sich aber auch

[1]) So Planck II p. 644.

b) als obligatorischer Vertrag, sich der Verletzung des Anderen unterwerfen zu wollen, darstellen.

a) Die Einwilligung stellt sich als Verfügung dar.

Unter „Verfügung" versteht man jedes Rechtsgeschäft, durch welches jemand ein ihm zustehendes Recht ganz oder teilweise aufgibt. Geschieht das in der Weise, daß eine Übertragung auf einen Anderen stattfindet, so liegt eine Veräußerung vor.

Gibt der Rechtsinhaber dieses Recht auf, ohne es auf einen Anderen zu übertragen, so handelt es sich um einen Verzicht.

Als Objekt der Verfügung kommen in Betracht:

1) Die persönlichen Güter, als deren wichtigste § 823 das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit aufzählt,

2) die unpersönlichen Güter.

Der Gegensatz zwischen Beiden ist ein natürlicher: erstere sind mit dem Menschen untrennbar verbunden, letztere sind von ihm unabhängig, sie stehen auch dem Genuß Anderer frei.[1]) Erstere bilden in ihrer Gesamtheit das „Persönlichkeitsrecht", ein „Ausschließungsrecht", welches uns den Genuß unserer selbst und dessen, was mit uns untrennbar verbunden ist, also unsere persönlichen Güter, gewährleistet. § 823 Abs. 1 nennt die wichtigsten: Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit.

Eine Verfügung über sie ist aus tatsächlichen Gründen ausgeschlossen; sie sind höchstpersönliche Güter, die mit der Person gegeben, an diese unlöslich geknüpft und nur von dieser bestimmten Person genießbar sind. Eine Lösung, sei es mit, sei es ohne Übertragung auf einen Anderen, ist aus tatsächlichen Gründen unmöglich.

Eine rechtliche Veränderung tritt trotz der Einwilligung nicht ein, die Verletzung bleibt widerrechtlich, da eine Verfügung über die verletzten Güter ausgeschlossen ist.

Im Gegensatz hierzu steht eine Verfügung über die äußeren Güter. Diese sind gerade dazu bestimmt, Gegenstand des Güteraustausches zu sein, dem Verletzten wird also regelmäßig die Befugnis zustehen, darüber in freiester Weise zu schalten und zu walten.

---

[1]) Eltzbacher p. 304.

Liegt in der Einwilligung eine derartige rechtmäßige Verfügung, so ist das Bild, das sich nach geschehener Verletzung bietet, juristisch allerdings ein anderes bei der Veräußerung, ein anderes bei dem Verzicht.

Im ersten Fall liegt ein Delikt deshalb nicht vor, weil das durch die Verletzung betroffene Objekt nicht mehr dem Einwilligenden, sondern dem Täter zusteht, dieser also in Ausübung seines Eigentumsrechtes handelt. Bedeutet hingegen die Einwilligung einen Verzicht auf das Recht, so ist die Verletzung zwar keine rechtmäßige, in Ausübung eines Rechtes erfolgende, ebenso wenig aber eine widerrechtliche. Die Handlung ist rechtlich irrelevant.

Stets aber entfällt mit der Einwilligung der Tatbestand der unerlaubten Handlung, soweit der Einwilligende über das verletzte Rechtsgut verfügen kann.

Nun enthält das bürgerliche Recht aber Bestimmungen, welche die Verfügungsfreiheit des Einzelnen beschränken. Damit erfährt die Tendenz des Zivilrechtes, den Einzelnen in seiner Rechtssphäre nur zu erhalten, soweit er selbst es will, eine Unterbrechung: das Gesetz erhält ihn darin, ohne Rücksicht auf seinen Willen, ja sogar *gegen* seinen Willen. Gerade darin, daß der Einzelne auch *gegen* seinen Willen im Rechtsbesitz geschützt wird, liegt für uns das Kriterium.

Die Verletzung bleibt widerrechtlich, weil die vom Verletzten gewollte Verfügung über den Gegenstand der Verletzung unwirksam ist, eine Aenderung im Rechtsbesitz entgegen dem Willen des Rechtsbesitzers nicht eintritt.

Die allgemeinen Grundsätze dieser Verfügungsbeschränkungen enthalten die §§ 134 ff. BGB., spezielle Beschränkungen zu Gunsten Einzelner oder der Gesamtheit (vgl. auch Art. 168 des Einführungsgesetzes zum BGB.) sind an verschiedenen Stellen normiert.

Bezüglich des § 134 ist zu beachten, daß die durch ihn aufgestellte Rechtsfolge: Nichtigkeit, nur subsidiär eintritt, wenn sich keine andre Wirkung aus dem in Betracht kommenden Verbotsgesetz ergibt. Das Verbotsgesetz kann den verschiedenen Rechtsgebieten angehören, dem privaten Recht so gut wie dem öffentlichen.

Auch das BGB. enthält solche. Wenn z. B. § 619 im Anschluß an die §§ 617 und 618 eine im Voraus erfolgende vertragliche Aufhebung oder Beschränkung der dem Dienstberechtigten obliegenden Verpflichtungen ausschließt, so ist die sozialpolitische Tendenz des Gesetzes, den Dienstpflichtigen auch gegen seinen Willen zu schützen.

Das Gleiche gilt für die §§ 120—120 e. Gewerb.-Ordn., die §§ 62 StGB. für Handlungsgehülfen und 76 für Handlungslehrlinge.

Das mit der Einwilligung bezweckte Rechtsgeschäft ist in diesen Fällen in der Regel (§ 134 hat nur subsidiäre Bedeutung) nichtig, die Schädigung bleibt trotz der Einwilligung widerrechtlich, der Verletzte behält seinen Entschädigungsanspruch.

b. Die Einwilligung stellt sich als obligatorisches Rechtsgeschäft dar.

Der Verletzte hat mit seiner Einwilligung nicht eine Verfügung über das verletzte Rechtsgut bezweckt, sondern einen obligatorischen Vertrag abgeschlossen, sich die Verletzung des Anderen gefallen lassen zu wollen. Bei der auf dem Gebiete des Obligationenrechtes herrschenden Vertragsfreiheit wird man einem solchen Vertrage regelmäßig die Kraft beizulegen haben, für den Täter ein obligatorisches Recht zur Vornahme der Verletzung zu begründen. Der Verletzte hatte z. Zt. der Verletzung kein Interesse an seiner rechtlichen Unversehrtheit, sonst hätte er — vorausgesetzt, daß eine unzulässige Beeinflussung seiner Erklärung nicht erfolgt ist — seine Einwilligung nicht erteilt. Die Widerrechtlichkeit der Verletzung wird damit regelmäßig, aber doch nicht ausnahmslos, ausgeschlossen. Auch hier wieder kann das Gesetz die Verletzung, entgegen dem Willen des Verletzten, der sie sich als rechtmäßige hat gefallen lassen wollen, als widerrechtlich ansehen. Die Gründe, die für diese Auffassung des Gesetzgebers maßgebend waren, gehören der Rechtsphilosophie an und interessieren hier weiter nicht; maßgebend für uns ist allein die Feststellung, wann das Gesetz den Verletzten auch gegen seinen Willen schützt.

Zunächst stehen wieder die Fälle zur Besprechung, in denen

die Einwilligung in eine Verlezung der persönlichen Güter: Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit vorliegt

Es existiert nun im BGB. keine direkte Bestimmung, welche einen derartigen Vertrag für rechtswidrig erklärte. § 134 zwingt aber dazu, auch auf anderen Rechtsgebieten, insbesondere dem des Strafrechtes, Umschau nach einschlägigen Normen zu halten.

Nun stehen allerdings Strafrecht und Zivilrecht nicht in einer derartigen Beziehung, daß der strafrechtlichen Relevanz bezw. Irrelevanz auch eine zivilrechtliche entspricht, und umgekehrt.[1])

Bleibt also im Strafrecht eine Handlung trotz der Einwilligung widerrechtlich, so ist ein Parallelschluß für das Zivilrecht nicht ohne Weiteres zulässig, vielmehr, entsprechend der den Schutz des Einzelnen bezweckenden Tendenz des Zivilrechtes, nur dann, wenn gerade dieser Einzelne, der Verletzte, hat geschützt werden sollen.

§ 216. StGB. straft denjenigen, der

„durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden ist".

„Ausdrückliches und ernstliches Verlangen" einerseits und Einwilligung andrerseits sind allerdings nicht dasselbe.

Indessen läßt sich das jedenfalls mit Bestimmtheit sagen: Vermag sogar das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten nicht die Widerrechtlichkeit auszuschließen, um wieviel weniger dann die einfache Einwilligung.

Das Gesetz bezweckt das Leben eines Menschen auch gegen seinen Willen zu schützen. Das Zivilrecht muß dieser Ansicht Rechnung tragen: Die Einwilligung des Getöteten ist auch für das Zivilrecht bedeutungslos, die Verletzung des Lebens bleibt trotz der Einwilligung widerrechtlich.

Bei der Verletzung der Freiheit (auf die Verletzung von Körper und Gesundheit soll nachher eingegangen werden) muß man unterscheiden, ob sich der Verstoss gegen die „Freiheit im Gegensatz zur Unfreiheit" oder „gegen die sogenannte Freiheit der Willensbetätigung" richtet.[2])

---

[1]) Vgl. Weyl: pp. 357, 359.

[2]) Binding: Handbuch p. 718 und Anm. 32 ebenda.

Unter die „Freiheit im Gegensatz zur Unfreiheit" fällt aber nicht nur die persönliche Freiheit im Gegensatz zur Sklaverei, sondern auch die Gewissensfreiheit und die Gewerbefreiheit. Ein Rechtsgeschäft, das gegen diese Prinzipien des modernen Rechtes verstößt, verstößt stets gegen die guten Sitten und ist daher nichtig (§ 138 BGB.). Trotz der Einwilligung bleibt die Verletzung widerrechtlich.[1])

Anders bei den Verstößen gegen die freie Willensbetätigung. Hier wird durch die Einwilligung dem Gegenstand der Verletzung, dem widerstrebenden Willen, die Tauglichkeit für den deliktischen Angriff genommen und deshalb liegt kein Delikt mehr vor.

Es bleibt noch die Verletzung des Körpers und der Gesundheit übrig.

Eine ausdrückliche Bestimmung darüber, wie die Einwilligung bei der Körperverletzung und Gesundheitsbeschädigung anzusehen sei, fehlt auch im Strafrecht.

§ 142 StGB. spricht nicht hiergegen.[2]) Es handelt sich hier um die Verstümmelung zur Herbeiführung der Dienstuntauglichkeit. Die Verletzung bleibt strafrechtlich widerrechtlich, gleichgültig, ob sich der Verstümmelte selbst untauglich gemacht hat, oder ob er auf sein Verlangen von einem Anderen untauglich gemacht worden ist. Aus der Natur der Bestimmung geht hervor, daß nicht die Person des Verletzten, sondern die Rücksicht auf die Wehrkraft des Staates für die strafrechtliche Relevanz entscheidend war. Ein Schluß auf die allgemeine Strafbarkeit der Körperverletzungen Einwilligender ist bei der singulären Natur des Paragraphen unberechtigt.

Auch aus den Bestimmungen über den Zweikampf (§§ 201 ff. StGB.) läßt sich ein allgemeines Prinzip nicht herausschälen.

Beim Zweikampf liegt ja stets eine Einwilligung in eine eventuelle Verletzung vor (nicht, wie Binding p. 723 meint, eine eventuelle Einwilligung).

---

[1]) Vgl. Goldmann und Lilienthal p. 883 Anm. 12: „Die lebenslängliche Einsperrung eines Menschen bleibt widerrechtlich, auch wenn sie mit Einwilligung des Eingesperrten erfolgt."

[2]) Vgl. Linckelmann p. 80.

Der Zweikampf ist strafbar, ohne Rücksicht auf eine Verletzung (§ 205), die Tötung mit einer besonderen Strafe bedroht (§ 206), die Tötung oder Körperverletzung mittels vorsätzlicher Übertretung der Regeln des Zweikampfes nach den allgemeinen Vorschriften über das Verbrechen der Tötung oder Körperverletzung zu bestrafen (§ 207). Also nur bei vorsätzlicher Übertretung der Kampfregeln die normale Bestrafung einer Körperverletzung; in allen anderen Fällen, so wird man notwendigerweise folgern müssen, eine geringere.

§ 205 straft ohne Rücksicht auf eine Verletzung; es bleibt also nur der Schluß übrig, daß die gewöhnliche Verletzung im Zweikampf als Körperverletzung straflos bleibt.

Wie sich aus den singulären Strafbestimmungen der §§ 205 bis 207 einerseits kein Schluss auf die allgemeine Wirkung der Einwilligung ziehen läßt, so läßt sich dies umgekehrt auch nicht aus unserer Deduktion über die regelmäßige Straflosigkeit der Körperverletzung im Zweikampf tun.

Indessen nötigt in der Tat der Umstand, daß eine dem § 216 entsprechende Bestimmung für die Körperverletzung fehlt, sowie ein Vergleich des Strafmaßes der §§ 216, 44 einerseits, der §§ 223 ff. 44 andrerseits, zu der Annahme, daß bei der Einwilligung des körperlich Verletzten die Widerrechtlichkeit entfällt.

> „Der Schutz der Gesundheit ist wesentlich zugleich Schutz des Willens, gesund zu bleiben.“[1])

Das Gleiche wird für das Zivilrecht zu gelten haben; eine Veranlassung, der Einwilligung mit Rücksicht auf § 138 die Wirksamkeit zu versagen, liegt, da es sich um einen wesentlich gegen den Willen des Verletzten gerichteten Verstoß handelt, nicht vor.

Für die Fälle der Einwilligung in eine Vermögensbeschädigung kann auf das oben p. 18 ff. Gesagte verwiesen werden. Die Beschränkungen der Verfügungsmacht des Verletzten bilden zugleich die Grenze für die obligatorische Verpflichtung, sich eine Schädigung gefallen zu lassen. Hier wie dort liegt das Entscheidende darin, daß der Einwilligende auch gegen seinen Willen geschützt wird.

---

[1]) Binding: p. 722.

Einer besonderen Besprechung bedarf die Ehre mit Rücksicht auf die §§ 824, 825.

Gerade beim Kapitel der Ehrverletzungen findet sich bei Ulpian l. 1 § 5 D. 47, 10 der Satz: nulla enim injuria est, quae in volentem fiat, der in der Form: volenti non fit injuria zur Rechtsparömie geworden ist. Der Schutz, den § 824 der Ehre angedeihen läßt, ist ein beschränkter, nur:

> „die Gefährdung des Kredits eines anderen oder die Herbeiführung sonstiger Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen"

ist widerrechtlich. Es wir also durch § 824 nur das vermögensrechtliche Interesse an unverletzter Ehre geschützt.

Die Einwilligung in einen Verstoss, der an sich unter § 824 fiele, wird keine Ausnahme von den Regeln bilden, die für die Einwilligung in vermögensrechtliche Beschädigungen sonst gelten, die Widerrechtlichkeit entfällt mit der Einwilligung.

§ 825 (Schutz der weiblichen Geschlechtsehre) kommt für eine Untersuchung überhaupt nicht in Betracht. Der Tatbestand verlangt auf Seiten der geschädigten Frauensperson eine „Gestattung der außerehelichen Beiwohnung"; die Verletzte soll also ausdrücklich gegen ihren Willen geschützt werden.

Hat der Verletzte eingewilligt, daß ihm ein Anderer

> „in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zufügt (§ 826)"

so verstößt dieses Rechtsgeschäft seinerseits wieder gegen die guten Sitten und ist deshalb nach § 138 nichtig.

Trotz der Einwilligung wird der Verletzte nicht zur Duldung der gegen § 826 verstoßenden Schädigung verpflichtet.

II. Die Einwilligung ist kein Rechtsgeschäft.

a) Sie vermag den Tatbestand der unerlaubten Handlung nicht auszuschließen.

Der Unterschied zwischen Rechtsgeschäft und Nichtrechtsgeschäft ist bereits oben dargelegt. Bildet die Einwilligung nicht ein Rechtsgeschäft, so handelt es sich um eine Aeußerung des Inhalts, daß ein anderer etwas tun oder lassen solle, wenn es ihm beliebe.

Die Einwilligung ändert also an dem von der Verletzung betroffenen Rechte nichts, begründet auch keine Verpflichtung zur Duldung. Ihr Wesen liegt einfach in der

„Gestattung, daß die Schädigung vorgenommen werde", [1]) sie ist also eine Erklärung rein tatsächlicher Natur, die jederzeit zurückgenommen werden kann.

Ein Recht, sei es auf Grund einer Verfügung, sei es auf Grund eines obligatorischen Vertrages, dem Einwilligenden die Schädigung zuzufügen, kommt nicht zur Entstehung. Der Einwilligende kann trotz seiner Einwilligung sich der zulässigen Abwehrmittel gegen die schädigende Handlung bedienen, er kann ohne Weiteres seine Erklärung zurücknehmen, alles, ohne daß für ihn nachteilige Folgen entständen. Daß er es nicht tut, obwohl er es könnte, erst dadurch entstehen die rechtlichen Folgen der Einwilligung.

In ihrer rechtlichen Qualifikation entspricht diese Einwilligung der „Zustimmung" im § 1565 BGB., ist aber scharf zu scheiden von der „Zustimmung" in den §§ 182 ff.: letztere ist eine Willenserklärung, der von Rechtswegen die Wirkung beigelegt ist, ein sonst unwirksames Rechtsgeschäft wirksam zu machen, also selbst ein Rechtsgeschäft. Im § 1565 handelt es sich in zwei Fällen (Zustimmung zum Ehebruch oder der widernatürlichen Unzucht) überhaupt um kein Rechtsgeschäft, bei der Zustimmung zur Eingehung einer zweiten Ehe bei bestehender Ehe wird das nichtige Rechtsgeschäft durch sie nicht gültig.

Die Zustimmung ist auch kein Verzicht auf eheliche Rechte: denn damit würde ein gegen die guten Sitten in gröbster Weise verstoßendes Rechtsgeschäft für wirksam erklärt werden: sie ist vielmehr eine ungenau bezeichnete Erlaubnis, eine unmaßgebliche Willensäußerung.

Die auf eine Aenderung in den rechtlichen Verhältnissen nicht gerichtete Einwilligung schließt nicht die Widerrechtlichkeit der an sich vorliegenden unerlaubten Handlung aus. Die Widerrechtlichkeit kann nur durch ein dem Verletzenden zustehendes entsprechendes subjektives Recht beseitigt werden. Die Frage, ob eine Einwilligung der vorstehend angegebenen Art etwa ein

[1]) Linckelmann: p. 78.

subjektives Verschulden auf Seiten des Einwilligenden darstellt, ist von der Frage, ob eine Handlung widerrechtlich bleibt, gänzlich unabhängig.

Es ist weiterhin aber auch festzustellen, ob eine derartige Einwilligung imstande ist, das Verschulden des Täters zu beseitigen oder den Kausalzusammenhang zwischen seiner Tat und der Verletzung zu unterbrechen und so zu bewirken, daß der Tatbestand einer unerlaubten Handlung nicht mehr vorliegt.

Selbst wenn man in der Einwilligung ein Verschulden des Verletzten erblickt (es wird hierauf weiter unten noch einzugehen sein), würde doch damit nicht die Schuld des Beschädigers aufgehoben werden, wie man aus dem Begriff der sogenannten Kulpakompensation vielleicht folgern wollte. Für das Vorhandensein eines Verschuldens des Täters ist nur dessen eigenes Verhalten maßgebend, das Verhalten des Verletzten ist hierfür völlig gleichgültig. Eine eigene Schuld des Verletzten kann neben der Schuld des Verletzers bestehen, niemals aber diese aufheben. Nur insofern die rechtliche Bedeutung der Schuld des Täters durch die eigene Schuld des Verletzten verändert oder aufgehoben wird, wird die eine Schuld durch die andere aufgewogen, d. h. entwertet und ihrer Folgen entkleidet, ohne doch in ihrem Dasein geleugnet werden zu können.[1])

Die Verletzung bleibt trotz der Einwilligung eine vom Täter schuldhaft herbeigeführte.

Es findet aber auch keine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges statt in der Weise, daß der Verletzte durch seine Einwilligung den ihm erwachsenen Schaden verursacht hätte.

Man muß scharf scheiden zwischen Verursachung und Verschuldung, und mag man immerhin in der „Gestattung der schädigenden Handlung" ein Verschulden sehen, die Verursachung setzt stets ein Handeln voraus, wie es in der Gestattung, einem rein passiven Verhalten, regelmäßig nicht gefunden werden kann. Es mag ein Kulpazusammenhang zwischen dem Schaden und der Einwilligung bestehen, keineswegs aber ein Kausalzusammenhang. Kausal für den Erfolg ist der Verletzte mit seiner Ein-

[1]) Wendt: p. 156.

willigung gar nicht geworden, es kann also auch von einer Durchbrechung des Kausalzusammenhangs durch den Verletzten keine Rede sein.

b) Die Bedeutung des § 254 BGB. für die nicht rechtsgeschäftliche Einwilligung.[1])

§ 254 BGB. setzt auf Seiten des Täters ein Ereignis voraus für dessen Folgen dieser haftet, auf Seiten des Verletzten

1) ein Verschulden. Dieses kann ebensogut in Handlungen wie in Unterlassungen bestehen. Auch bei letzteren wird man zum Begriff des Verschuldens im Sinne des § 254 nicht die Verletzung einer bestimmten Rechtspflicht verlangen können, sondern sich mit einer

> „Abweichung vom normalen Verhalten bezw. einer Mißbilligung vom eignen Interessenstandpunkt aus“[2])

begnügen und demgemäß die im Ab. 2 ausdrücklich normierten Tatbestände nur als besondere Fälle anormalen Verhaltens aufzufassen haben. Es hat durch § 254 keine besondere Verpflichtung zur Abwendung oder Minderung eines Schadens konstruiert werden sollen, es tritt vielmehr aus Billigkeitsgründen eine Ablehnung oder Beschränkung der Haftung des ursprünglich Ersatzpflichtigen ein.

Das dem § 254 zu Grunde liegende Prinzip ist ein allgemeines: Wer die Maßregeln eines verständigen Menschen, sich und das Seine möglichst vor Schaden zu bewahren, unterläßt und trotzdem einen Dritten für den Schaden verantwortlich macht, handelt wider Treu und Glauben,

> „denn er macht dem Gegner nur das zum Vorwurf, was auch ihm selbst zur Last fällt: Mißachtung seines Rechtsgutes,“[3])

Verschulden gegen sich selbst und Verschulden gegen andere sind ihrem Wesen nach völlig gleichartig.[4])

---

[1]) Vgl. die beachtenswerten Ausführungen Weyl's im „System der Verschuldensbegriffe“ p. p. 296 ff, 517 ff., 599 ff.

[2]) Rümelin: p 164.

[3]) Eick: p. 3.

[4]) Weyl: p. 523. Gottschalk: p. 72.

Es sei dabei auf das Bezug genommen, was Wendt bei Besprechung des Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 ausführt.

> Die Billigkeit verlange bei gleichzeitigem Verschulden des Verletzten die Ablehnung der Haftung des Ersatzpflichtigen.
>
> „Wir haben es in der Tat mit einem ganz allgemeinen Rechtsgrundsatze zu tun. In dieser Beziehung hat der § 2 des Haftpflichtgesetzes, obwohl er, abweichend vom § 1, des eigenen Verschuldens des Verletzten nicht gedenkt, doch zu keinem Zweifel Anlaß gegeben. Vielmehr ist auch bei Klagen aus § 2 stets die Verteidigung mit einer Schuld des Verletzten gestattet und umgekehrt ausgesprochen, daß die Bestimmung des § 1 offenbar nur eine Anwendung des allgemeinen Satzes über die Bedeutung des eigenen Verschuldens sei.“[1])

2. § 254 fordert weiter, daß der Schaden durch das Verschulden des Beschädigten mit verursacht sei. Nicht die Grade des Verschuldens auf der einen oder anderen Seite, sondern das Kausalverhältnis mit Beziehung auf dieses Verschulden sollen für die Beurteilung der Ersatzpflicht maßgebend sein.[2])

Verschuldung und Verursachung sind aber nicht Begriffe, die sich gegenseitig mit Notwendigkeit bedingen. Das wird gerade auf dem Gebiete der Unterlassungsdelikte klar.

Der Umstand, das durch das dem Täter mögliche und dennoch von ihm unterlassene Tun der eingetretene Erfolg verhindert wäre, ist zwar ein der Kausalität der Kommissivdelikte entsprechendes Merkmal, nicht aber selbst die Kausalität;[3]) demnach kann das „vorwiegende Verursachen“ im § 254 für das Gebiet der Unterlassungen nur analoge Auslegung erfahren.

Vermag die Einwilligung als Gestattung der schädigenden Handlung“ die Anwendung des § 254 zu rechtfertigen?

Der Verletzte hat die Verletzung seiner eigenen Rechtssphäre gestattet; das zu mißbilligen hat das Zivilrecht im Allgemeinen

---

[1]) Wendt: p. 152, 153.

[2]) Weyl: p. 96 ff.

[3]) Von Liszt Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, 12. und 13. Auflage 1903, p. 134.

keine Veranlassung. Eine allgemeine Rechtspflicht zur Erhaltung seines Rechtskreises besteht für den Einzelnen nicht.[1]) Macht aber der verletzte Rechtsinhaber gegen denjenigen, dem er die Vornahme der schädigenden Handlung gestattet hat, einen Ersatzanspruch geltend, so verlangt nunmehr § 254 gegenüber dem an sich berechtigten Schadensersatzanspruch auch eine Abwägung des Verhaltens des Verletzten selbst bei Entstehung des Schadens. Der Schadensersatz ist nicht eine dem Schädiger auferlegte Strafe, sondern soll nur dazu dienen, einen Nachteil von dem Berechtigten abzuwenden, der durch die Handlung des Verpflichteten eingetreten ist.

> „Faßt man aber in dieser Weise das Interesse auf, so ist es klar, daß nicht die Rücksicht auf die Person des Schuldners, sondern die Rücksicht auf den Gläubiger und dessen Vermögen maßgebend sein muß.“[2])

Reicht der Umstand, daß der Verletzte es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, zur Feststellung eines Verschuldens im Sinne des § 254 aus, so wird man nicht anstehen, auch die „Gestattung der schädigenden Handlung“ als Verschulden anzusehen.[3]) Es wird aber dann die Schadensersatzpflicht des Schädigers regelmäßig als ausgeschlossen zu erachten sein, nicht, weil der Beschädigte

> „das Interesse des Gegners vernachlässigt hat, wie dieser durch die Schädigung das Interesse des Beschädigten vernachlässigt hat, also nicht compensando, sondern weil der Beschädigte seinen eigenen Verlust nicht hat abwenden wollen.“[4])

Es fallen ferner unter den Wirkungskreis des § 254 die Fälle, in denen die Einwilligung als Rechtsgeschäft nichtig ist. Immerhin bleibt hier noch eine Willensäußerung übrig, für die das vorstehend Dargelegte entsprechend Anwendung zu finden hat. Die Einwilligung ist dann als Rechtsgeschäft nichtig, der

---

[1]) Traeger: p. 328.

[2]) Mommsen: p. 168.

[3]) Vgl. Weyl, System p. 301: auf Seiten des Beschädigten muß „ein der Mißbilligung unterworfenes Verhalten“ vorliegen.

[4]) Demelius: p. 69.

Schädiger wird aber, trotzdem seine Handlung widerrechtlich geblieben ist, durch Berufung auf § 254 entsprechend den obigen Ausführungen eine Befreiung von seiner Ersatzpflicht erlangen.

Seine Grenze findet der § 254 stets, wenn der Verletzte auch gegen seinen Willen geschützt werden sollte, denn damit hat das Gesetz dem Verletzten jegliche Kraft genommen, auf den rechtlichen Charakter der ihm zugefügten Verletzung oder die an sie rechtlich geknüpften Folgen einzuwirken. Die Verletzung bleibt nicht nur widerrechtlich, auch ein Ausgleich der Schadensersatzpflicht durch Hinweis auf die Einwilligung des Verletzten bleibt ausgeschlossen.

§ 5. Die Möglichkeit einer Mehrheit von verletzten Personen.

Es ist bisher stets davon ausgegangen worden, daß nur eine Person als Verletzte und dementsprechend als Einwilligende in Betracht kommt.

1. Ist nun bei der Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit die Möglichkeit nur eines unmittelbar Verletzten mit Notwendigkeit gegeben, so tritt durch die §§ 844 ff. neben diesen noch ein zweiter Schadensersatzberechtigter. Das Entstehen dieses Anspruchs ist (vgl. oben p. 16) davon abhängig, daß gegenüber dem unmittelbar Verletzten der Tatbestand einer widerrechtlichen Verletzung vorliegt; entfällt also die Widerrechtlichkeit, und dieses ist nur durch die rechtsgeschäftliche Einwilligung möglich, so entsteht auch aus den §§ 844, 845 kein Anspruch.

Gemäß § 846, der für die Ansprüche aus den §§ 844, 845 den § 254 Anwendung finden läßt, wenn ein Verschulden des Verletzten mitgewirkt hat, ergibt sich aber des Weiteren, daß auch die nicht rechtsgeschäftliche Einwilligung auf den Anspruch des Dritten den gleichen Einfluß ausübt, wie auf den des unmittelbar Verletzten, nämlich regelmäßig den Anspruch ausschließt, soweit nicht der unmittelbar Verletzte auch gegen seinen Willen geschützt wird.

2. Bei der Zerstörung oder Beschädigung eines „äußeren Gutes“ hingegen ist es von vornherein sehr wohl möglich, daß der

„Andere“ nicht ein Einzelner, sondern eine Mehrheit von Personen ist, sei es nun, daß das verletzte Recht Mehreren zusteht (Fall der gleichartigen Idealkonkurrenz), hierher gehört das Miteigentumsverhältnis, sei es, daß die Verletzung verschiedene Rechte Mehrerer betrifft (Fall der ungleichartigen Idealkonkurrenz), hier kommt hauptsächlich der Fall in Betracht, daß Eigentum und Besitz nicht in derselben Hand vereinigt sind.

1. Richtet sich die Verletzung gegen eine im Miteigentum stehende Sache, so sind zwei Rechtsformen des Miteigentums zu unterscheiden: Das nach Bruchteilen und das zur gesamten Hand. Beide Arten kennt das BGB., behandelt im Abschnitt über Miteigentum §§ 1008—1011 aber nur das Erstere, für welches prinzipiell die Vorschriften über die Gemeinschaft nach Bruchteilen §§ 741—758 gelten, während für das Gesamthandseigentum die im Vertrage oder Gesetze für die einzelnen Rechtsverhältnisse aufgestellten Normen gelten.

Nur das Erstere soll hier eine Besprechung erfahren. Die Wirksamkeit der rechtsgeschäftlichen Einwilligung ergibt sich aus § 747:

> „Jeder Teilhaber kann über seinen Anteil verfügen. Über den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen können die Teilhaber nur gemeinschaftlich verfügen.“

Ist die Einwilligung kein Rechtsgeschäft, so sind die aus der unerlaubten Handlung entstandenen Schadensersatzansprüche Ansprüche aus Schuldverhältnissen, für die entstehende Mehrheit von Gläubigern kommen also die §§ 420 ff. BGB. zur Anwendung.[1]) Ist der Anspruch aus der unerlaubten Handlung auf eine teilbare Leistung gerichtet, so entstehen nebeneinander selbständige Ansprüche entsprechend dem Anteil am Miteigentum, im Zweifel zu gleichen Anteilen (§ 420). Durch die Einwilligung wird der Anspruch des Einwilligenden ausgeschlossen.

Geht der Anspruch aus der Schädigung auf eine unteilbare Leistung, so ist jeder Gläubiger zur Geltendmachung der Forderung berechtigt, kann die Leistung aber nur an alle verlangen.

---

[1]) Vgl. hierzu Linckelmann p. 31 ff.

„Im Übrigen wirkt eine Tatsache, die nur in der Person eines der Gläubiger eintritt, nicht für und gegen die übrigen Gläubiger“ (§ 432 Abs. 2);

der Umstand, daß nur ein Gläubiger eingewilligt hat, rechtfertigt nicht eine Modifikation der Schadensersatzpflicht des Täters durch Hinweis auf § 254.

2. Der zweite Fall, bei dem es sich um eine Mehrheit der Verletzten handeln kann, liegt bei der Trennung von Eigentum und Besitz vor: Eigentümer und Besitzer sind verschiedene Personen.

Trägt bei der Trennung von Eigentum und Besitz nur Einer die Gefahr der Verschlechterung oder des Unterganges einer Sache, so ist nur der geschädigt, der die Gefahr trägt. Bestimmt also z. B. § 446 BGB., daß der Käufer die Gefahr trägt, so ist nur dieser der Geschädigte, ebenso wie es in § 588 bezüglich des Inventars nur der Pächter ist; seine Einwilligung allein genügt, da er der Verletzte ist.

Anders, wenn die Verletzung ihrem Gegenstande nach eine andere für den Eigentümer, eine andere für den Besitzer ist. Es handelt sich dann um durchaus verschiedene Rechte verschiedener Rechtsinhaber, die durch eine und dieselbe Handlung verletzt werden. Die Einwilligung kann nur der Verletzung gegenüber ihre Wirkung äußern, die den Einwilligenden betroffen hat; die andere Verletzung bleibt durch die Einwilligung unberührt.

§ 6. Fähigkeit zur Erklärung der Einwilligung.

Soweit es sich um die rechtsgeschäftliche Einwilligung handelt, kommen die allgemeinen für die Abgabe von Willenserklärungen in den §§ 104 ff. gegebenen Bestimmungen in Betracht, ebenso die Bestimmungen über die Stellvertretung §§ 164 ff.

Schwierigkeiten entstehen bei dem Mangel ausdrücklicher gesetzlicher Regelung, wenn die Einwilligung keinen rechtsgeschäftlichen Charakter hat.

Nicht in Betracht kommt eine Stellvertretung. Diese verlangt ein Handeln im Namen des Vertretenen, welches auf einen Rechtserfolg gerichtet ist, der für diesen Vertretenen eintreten soll. Das Fehlen gerade dieses Erfolgswillens ist aber essentieller Be-

standteil der Rechtshandlung, eine Stellvertretung mithin ausgeschlossen.

> „Die Regelung der persönlichen Fähigkeit zu einer Handlung ist von dem rechtlichen Charakter derselben unmittelbar abhängig.“[1])

So erklärt es sich z. B., daß das BGB. die Geschäftsfähigkeit anders als die Deliktsfähigkeit normiert.

Die Rücksicht, die bei den rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen für die Abstufung der Geschäftstähigkeit maßgebend war, ist der Rechtserfolg, der vom Erklärenden gewollt ist. Fehlt dieser Erfolgswille, und das ist bei den unmaßgeblichen Willensäußerungen gerade das Wesentliche, so können die Vorschriften über die rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen keine Geltung beanspruchen. Für die Abgabe einer unmaßgeblichen Willenserklärung ist eine besondere Fähigkeit nicht erforderlich.[2])

Da das in der „Gestattung der schädigenden Handlung“ liegende Verschulden zu einer Aufhebung der Schadensersatzpflicht nicht mit Notwendigkeit führen muß, vielmehr § 254 eine Minderung oder auch ein unverändertes Fortbestehen des Ersatzanspruches zuläßt, so bleibt es beim Fehlen der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit auf Seiten des Einwilligenden dem richterlichen Ermessen überlassen, einen der Billigkeit entsprechenden Ausweg zu finden. In der Regel wird dann die Billigkeit den Wegfall des Schadensersatzanspruches fordern.

---

[1]) Manigk: p. 207.

[2]) So auch Manigk p. 207.